

## بازخوانی و نقد ادله اختصاص حق شفعه به «بیع»

حمید مسجدرائی<sup>۱</sup>، حسن پورلطف الله<sup>۲</sup>، علی دانشمند<sup>۳</sup>

(تاریخ دریافت مقاله: ۹۶/۱/۱۹ - تاریخ پذیرش مقاله: ۹۷/۳/۱۹)

### چکیده

حق شفعه، یک حق استثنائی و برخلاف قاعده سلطنت بوده، و با اجتماع شرایطی، به صورت اختیار تملک قهری سهم فروخته شده و مشاع، نمود می‌یابد. از جمله شرایط تحقق حق شفعه که هم فقها و هم قانون‌گذار عرفی در ماده ۸۰۸ قانون مدنی به پیروی از دیدگاه مشهور فقهی عنوان کرده‌اند، انتقال سهم مشاع از طریق «بیع» می‌باشد. نوشتار حاضر، ضمن بیان اقوال موجود درباره شرط مذکور و تحلیل مستندات آن، به بازخوانی ادله این حکم و نقد و بررسی روایات وارده باب، به عنوان مستند اصلی پرداخته و ضمن تقویت مبانی دیدگاه غیرمشهور، آن را أرجح تلقی کرده است؛ یافته اصلی تحقیق حاکی از آن است که در کنار بازخوانی دوباره روایات، می‌توان دلالت آنها بر اختصاص حق شفعه به بیع - آن‌چنان که مشهور برآیند - را ناتمام دانسته و با نگرشی نو از جمله در دلالت روایات وارده، الغاء خصوصیت از بیع و ملاک قرار دادن عرف و اراده عمومی، به جریان حق شفعه در تمامی عقود معاوضی ناقل ملکیت، حکم کرد.

**واژگان کلیدی:** ادله شفعه، الغای خصوصیت، بیع سهم مشاع، حق شفعه، عمومیت بیع

---

۱. دانشیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سمنان (نویسنده مسئول)؛

Email: h\_masjedsaraie@profs.semnan.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سمنان؛

Email: Hassan.pourlotfolah66@semnan.ac.ir

۳. کارشناس ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تبریز؛  
Email: ali-daneshmand@gmail.com

### مقدمه و پیشینه تحقیق

شفعه بر وزن فعله (با ضمه فاء و کسر لام)، در لغت از «شَفَع» به معنای زوج می‌باشد؛ گویا چیزی فرد بوده و با ضمیمه نمودن چیز دیگری به آن جفت گردیده است [۲، ج ۸، ص ۱۸۴؛ ۳۴، ج ۱، ص ۲۶۱]. مفهوم شفعه در اصطلاح فقهی و حقوقی نیز، چندان از معنای لغوی آن دور نشده، و با تعابیر مشابهی از قبیل: «هی استحقاق الشریک انتزاع حصه شریکه المنتقله عنه بالبیع» [۲۰، ج ۲، ص ۲۴۲]؛ یا «هی استحقاق أحد الشریکین حصه شریکه بسبب انتقالها بالبیع» [۲۲، ج ۳، ص ۱۹۹] از سوی صاحب‌نظران تعریف شده است. بنابراین، مطابق تعریف مشهور فقها، شفعه در اصطلاح فقهی و حقوقی، به معنای استحقاق تملک و انتزاع حصه فروخته شده شریک به وسیله حصه شریک دیگر می‌باشد.

برابر متون شرعی، یکی از اسباب تملک، أخذ به شفعه است که یک حق استثنایی و ویژه می‌باشد و با وجود تسلط و مالکیت یک شخص نسبت به ملکی، شخص دیگری می‌تواند به صورت قهری و بدون موافقت مالکش، آن را تملک نماید، لذا فقها برای تحقق چنین حق استثنایی، شرایطی پیش بینی کرده‌اند؛ از جمله این شرایط که مشهور فقها براساس اخبار مستند شفعه به آن قائلند این است که حصه مشاع به وسیله «بیع»، به شخص ثالث منتقل شده باشد؛ بنابراین، طبق نظر ایشان اگر حصه مذکور، به وسیله سایر عقود غیر از بیع منتقل شده باشد، حق شفعه برای شریک محقق نخواهد شد. قانون‌گذار نیز در ماده ۸۰۸ قانون مدنی با استناد به متون فقهی، در مقام بیان شرایط شفعه برآمده است: «هرگاه مال غیرمنقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک، حصه خود را به قصد بیع به شخص ثالثی منتقل کند، شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه مبیعه را تملک کند؛ این حق را حق شفعه و صاحب آن را شفیع می‌گویند». ماده مذکور به تبعیت از مشهور فقها، برای تحقق حق شفعه برای شریک دوم، به وجود شرطی حکم نموده است که همان انتقال حصه مشاع به شخص ثالث از طریق «بیع» می‌باشد، لذا طبق نظر قوانین موضوعه، اگر سهم شریک از طریق عناوین مملک دیگری غیر از بیع منتقل شود برای شریک دیگر، حق شفعه ایجاد نمی‌شود.

لازم به ذکر است که در این زمینه، گرچه دیدگاه مشهور، در متون فقهی مورد نظر قرار گرفته، اما ادله و مبانی دیدگاه‌های مخالف، مورد توجه و واکاوی قرار نگرفته است؛ دیدگاه‌های مخالفی که با وجود داشتن مبانی در خور توجه، مغفول مانده و چندان مورد

تحلیل و بررسی واقع نشده‌اند؛ به گونه‌ای که برای تحقق شفعه، یا چنین شرطی را به‌طور کلی معتبر ندانسته و یا قائل به تفصیل‌اند.

مسأله اصلی نوشتار پیش رو، تحلیل و واکاوی در ادله همین شرط بوده و سعی نگارندگان بر آن است که با بررسی تحلیلی ادله و مبانی صاحب‌نظران در هر دو دیدگاه قابل توجه، و نیز با ملاحظه ادله نقلی مخصوصاً روایاتی که در این زمینه وارد شده است، دیدگاهی که با مبانی عقلی و نقلی، سنخیت بیشتری داشته باشد را ارائه و تقویت نمایند.

### ۱. اقوال فقها درباره شرط تحقق شفعه

با تتبع در منابع فقهی، در مجموع سه قول را می‌توان درباره اشتراط یا عدم اشتراط شرط فوق‌الذکر استنتاج نمود که عبارتند از: ۱- اختصاص حق شفعه به انتقال سهم مشاع از طریق بیع؛ ۲- تفصیل بین مال منتقله؛ بدین صورت که اگر مال منتقله، غیر از اراضی یا مساکن بوده باشد بدون تردید، حق شفعه در این موارد، مختص به بیع می‌باشد. اما اگر مال منتقله، از مساکن و اراضی بوده باشد، اختصاص حق شفعه به بیع محل اشکال می‌باشد. ۳- تعمیم حق شفعه به تمامی عقود معاوضی ناقل ملکیت. ذیلاً هر یک از این اقوال به همراه مستندات آن ذکر و سپس نقد و بررسی می‌شود.

#### ۱-۱. قول اول: اختصاص حق شفعه از طریق بیع و ادله آن

مشهور فقهای امامیه، تحقق حق شفعه برای شریک را زمانی امکان‌پذیر می‌دانند که سهم مشاع از طریق «بیع»، به شخص ثالث منتقل شود؛ بنابراین طبق نظر ایشان اگر انتقال سهم شریک از طرق دیگری مانند: صداق، صدقه، صلح، هبه، اقرار یا سایر اسباب انتقال ملکیت، به شخص ثالث منتقل شده باشد، شریک دوم هیچ استحقاقی نسبت به مشتری جدید ندارد [۶، ج ۲۰، ص ۲۹۹؛ ۱۸، ج ۶، ص ۳۲۸؛ ۲۰، ج ۵، ص ۳۳۹؛ ۳۰، ج ۲، ص ۳۰۸؛ ۴۳، ج ۳۷، ص ۲۶۶].

طرفداران این دیدگاه برای اثبات ادعای خود به دلایل زیر استناد جسته‌اند:

#### ۱-۱-۱. دلیل اول: روایات و نقد آن

مهم‌ترین دلیلی که برای اثبات دیدگاه مشهور، مطرح گردیده، روایاتی است که در آنها عنوان بیع ذکر شده است و بدین طریق وارد شده‌اند:

**روایت اول:** حسنه غنوی از امام صادق (ع) است که حضرت فرمودند: «الشفعه فی البیوع اذا کان شریکا فهو أحقّ بها بالثمن: شفعه در بیع می‌باشد که اگر شریکی باشد در این صورت، ایشان نسبت به آن با پرداخت ثمن سزاوارتر است» [۱۲، ج ۲۵، ص ۳۹۶]. برای اثبات مدعا از طرق مختلف به روایت مذکور استدلال شده است: برخی معتقدند که روایت مذکور از طریق مفهوم وصف، بر اختصاص شفعه به بیع دلالت دارد [۹، ج ۵، ص ۵۲۸]؛ برخی دیگر، روایت را ظاهر در قیدیّت دانسته و معتقدند که قید بودن بیع در روایت، أقوى از چیز دیگر است [۴۳، ج ۳۷، ص ۲۶۶]. استدلال دیگر این است که: چون عنوان «شفعه» در روایت، با معرّف «ال» آمده است لذا بر انحصار شفعه به بیع دلالت می‌کند همان‌گونه که روایت «الخیار فی الحیوان للمشتري»، بر انحصار خیار برای مشتری در معامله حیوان دلالت می‌نماید [۱۸، ج ۶، ص ۳۲۸]. در واقع، استدلال اخیر مبتنی بر این قاعده ادبی است که «هرگاه نهاد جمله به صورت معرّف با «الف و لام» بیاید، ظهور در حصر دارد».

**روایت دوم:** مرسله یونس از امام صادق (ع) است که در آن آمده است: «الشفعه جائزه فی کلّ شیء... اذا کان الشیء بین الشریکین لا غیرهما فباع احدهما نصیبه فشریکه أحقّ به من غیره... : شفعه در هر چیزی جایز است مشروط به این که آن چیز، بین دو نفر شریک باشد، نه غیر آن دو نفر؛ و یکی از آن دو نفر، سهمش را بفروشد که در چنین حالتی، شریک دوم نسبت به آن از دیگران سزاوارتر می‌باشد» [۱۲، ج ۲۵، ص ۴۰۲]. تقریب استدلال بدین صورت است که: روایت مذکور با مفهوم شرط، بر اختصاص شفعه به بیع دلالت می‌نماید [۹، ج ۵، ص ۵۲۸؛ ۳۰، ج ۲، ص ۳۱۰] چراکه در این روایت، صراحتاً جواز شفعه، به شرکت دو نفر و انتقال آن از طریق بیع، مشروط گردیده است.

**روایت سوم:** صحیحه ابی بصیر از امام باقر (ع) که در آن آمده است: «سألته عن رجل تزوّج امرأه علی بیت فی دار له و له فی تلك الدار شركاء، قال جائز له و لها، و لا شفعه لأحد من الشركاء علیها» [۱۲، ج ۲۵، ص ۴۰۷] راوی می‌گوید: از امام (ع) در مورد شخصی سؤال کردم که با زنی ازدواج کرده و اتافی از یک خانه را که در آن شرکائی وجود دارد صدق زن قرار داده است؛ حضرت فرمودند: چنین کاری برای هر دو نفر ایشان (مرد و زن) جایز است و برای هیچ‌یک از شرکاء، حق شفعه‌ای علیه آن زن وجود ندارد» [۱۲، ج ۲۵، ص ۴۰۷]. تقریب استدلال بدین صورت است که در این روایت، بدان جهت که انتقال سهم از طریق صدق صورت گرفته است، لذا حق شفعه برای شرکاء

وجود ندارد که چنین چیزی دلالت بر انحصار شفعه به بیع می‌کند [۱۸، ج ۶، ص ۳۳۸؛ ۱۴، ج ۱۸، ص ۳۳۶] در واقع استدلال مذکور، مبتنی بر این است که روایت مذکور، با دلالت التزامی بر مقصود دلالت می‌کند؛ چراکه شفعه از صداق (که تحت عنوان بیع نیست) منتفی گردیده است، لذا با دلالت التزامی بر اختصاص شفعه به بیع و انتفاء آن از غیر بیع دلالت دارد.

**نقد و بررسی:** علی‌رغم این که مهم‌ترین دلیل مشهور فقها برای اثبات اختصاص حق شفعه به بیع، روایاتی است که عنوان «بیع» در آنها ذکر شده است، اما این روایات از جهات مختلف قابل نقد می‌باشد:

جهت اول - اولاً، با عنایت بر این واقعیت که احکام غیر عبادی شارع مبتنی بر مبانی عرفی و عقلایی است؛ کدام خصوصیت و جهات باعث شده که ضرر تملک حصه شریک به وسیله بیع، قبیح و برخلاف مذاق شارع باشد که دستور تملک قهری برای شریک بدهد اما ضرر مبتنی بر عقود دیگر، نیکو و موافق مذاق شارع و اخذ به شفعه در آن مشروعیت نداشته باشد؟ با تعمق و تدبیر در ماهیت عقود مخصوصاً در عقد بیع، به سهولت دانسته می‌شود که برای عقد بیع در بین عقود، چنین ویژگی و خصوصیتی که موجب قباحت ضرر مبتنی بر آن باشد وجود ندارد. حال اگر علت اصلی تشریح حق شفعه، جلوگیری از متضرر شدن شریک است، این مناط تحت هر شرایطی و تحت هر عنوانی از عناوین منتقله وجود دارد؛ بنابراین بر عهده مدعی اختصاص است که دلیل متقنی بر تثبیت مدعای خود بیاورد و صرف استناد به ظاهر برخی روایاتی که عنوان بیع در آنها ذکر شده است، مکفی نیست. ثانیاً، شاید اشکال شود که با توجه به این که شفعه برخلاف قاعده سلطنت است، در چنین مواردی بر قدر متیقن که عبارت از «بیع» باشد اکتفاء می‌شود. در پاسخ می‌توان گفت با عنایت به این که در عقد بیع هیچ ویژگی خاصی نسبت به عقود دیگر وجود ندارد، همان مناطی که باعث خروج شفعه از قاعده اولیه سلطنت شده، در عقود دیگر نیز قابل تحقق است. لذا وجهی برای اختصاص نیست. ثالثاً، با عنایت به این که برای عقد بیع هیچ خصوصیتی در راستای تحقق مناط شفعه متصور نیست؛ تنها راه پیش روی که از نقاط قوت نیز بر خوردار است، این است که از آنجا که بیع به عنوان مظهر و کامل‌ترین قسم عقود معوض و یکی از نواقل می‌باشد، این گمان و احتمال وجود دارد که ذکر بیع در این دسته از روایات، جنبه تمثیلی داشته

باشد؛ چرا که اغلب نقل و انتقالات نزد عرف به وسیله بیع صورت می‌گیرد<sup>۱</sup> [۵، ج ۱۱، ص ۴۶۲]؛ لذا برخی از صاحب‌نظران در این زمینه تصریح می‌کنند که: «و الانصاف أن مثل هذه المفاهیم محتمله للورود مورد الغلبه ...» [۳۰، ج ۲، ص ۳۱۱] با تنزل از نقاط قوت مدعا، حداقل جنبه تمثیلی بودن عنوان بیع در روایات وارده، محتمل است؛ خود این احتمال کافی است که روایات مذکور، ظهوری در اختصاص ثبوت شفعه به بیع نداشته باشند؛ چه آن‌که طبق قاعده معروف «إذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال»، با این احتمال، لسان اثباتی روایات مذکور، متزلزل می‌شود.

جهت دوم - از روایت حسن غنوی که در آن «الشفعه فی البیوع» آمده است حصر استفاده نمی‌شود، چراکه اولاً، همان‌طور که برخی نیز متذکر شده‌اند استفاده حصر در این موارد، مبتنی بر این ادعا است که اگر مسنداًلیه کلام، معرفه باشد افاده حصر می‌کند؛ حال آن‌که برخلاف ادعای حصر، طبق قواعد ادبی، مجموع عبارت «الشفعه فی البیوع»، یا بر حقیقت شفعه با قطع نظر از عموم و خصوص آن دلالت دارد، بدان جهت که با نگاه دقیق به صدر و ذیل روایت مذکور دو نکته نیز قابل توجه است که مؤید مدعا (مبنی بر این‌که فقره مزبور در مقام بیان ماهیت شفعه است نه مجرای آن) می‌باشد: نکته اول این است که «إذا» شرطیه، بعد از لفظ «بیوع» ذکر شده که بیانگر عدم دخالت «بیوع» به عنوان شرطیت است حال آن‌که اگر «بیوع» نقش شرطیت را در جمله ایفاء می‌کرد؛ مقتضای قواعد ادبی و فصاحت شارح ایجاب می‌کرد که بعد از «إذا» شرطیه بیاید. نکته دوم این است استعمال لفظ «بیوع» با لفظ جمع، در بیع حقیقی و خاص بر خلاف متعارف و مرسوم است فهم عرفی از چنین عنوانی مطلق داد و ستد و اسباب انتقال است این نیز به نوبه خود مؤید عدم اشتراط شفعه به بیع می‌باشد؛ از سوی دیگر بیوع به صورت جمع محلی به الف و لام آمده است که حداقل به عنوان قرینه لفظیه‌ای که اراده عام الشمول شارح را برساند می‌توان بهره جست، بر همین مبنا، استفاده حصر - چنان‌که دیدگاه مخالف بر آن است - از این فقره روایت نمی‌شود، و این روایت مانند جمله «الإنسان حیوان ناطق»، که بر چیستی انسان دلالت دارد بدون این‌که انسان خاصی را در نظر داشته باشد، است، چرا که استفاده حصر مبتنی بر معرفه بودن مسنداًلیه می‌باشد که در روایت مانند مثال مسنداًلیه معرفه نبوده و به همین جهت،

۱. و لكن أنت خبير بأن ذكر البيع من باب أحد النواقل، و اختصاص الذكر به لأنه هو الغالب في النواقل عند أهل العرف و احتمال هذا المعنى يكفي في عدم ظهوره في اختصاص كون الناقل هو البيع في ثبوت هذا الحق [۴، ج ۶، ص ۱۸۵].

«ال» مسنداًلیه را، «الف و لام جنس» می‌گویند؛ بنابراین منطقی‌اً روایت فوق یا بر حقیقت شفعه با قطع نظر از عموم و خصوص آن دلالت دارد و یا معنایی گسترده‌تر که توجیه دیدگاه مختار را تقویت می‌کند ارائه شده است. ثانیاً، روایت مذکور، از لحاظ نسخه، دارای اختلاف است؛ لذا برخی، روایت مذکور را در حدّ دلیل ندانسته و به عنوان مؤید آورده و در این زمینه گفته‌اند: «آما لم نستدلّ به لاختلاف التّسخ فی لفظ البیوع و فی بعضها البیوت: تنها به دلیل اختلاف در نسخ این روایت به آن استدلال نمی‌کنیم چراکه در بعضی از نسخ آن، به جای «بیوع»، «بیوت» آمده است [۱۴، ج ۱۸، ص ۳۳۵].

ثالثاً- روایت ابو بصیر نیز چندان دلالتی بر اختصاص شفعه به بیع ندارد، بدان جهت که اولاً، کاملاً بدیهی است که مورد روایت بر خلاف مجرای شفعه است چراکه یکی از شرایط اصلی ثبوت شفعه این است که ملک مشاع، بین دو شریک باشد نه بیشتر، حال آن که راجع به مورد روایت وارده، لفظ «شركاء» در قالب جمع آمده که صراحتاً دلالت بر تعدّد شریکان دارد [۲۳، ج ۶، ص ۳۱۵] لذا از لحاظ عقلی و عرفی قابل توجیه نیست که با وجود فقدان شرط اصلی، عدم جریان شفعه را منتسب به فقدان محتمل الشرطیّت بدانیم تا اختصاص شفعه به بیع را استنتاج نمائیم، بنابراین چنین استدلالی از اساس قابل خدشه بوده و قابل استناد نیست. به همین جهت، برخی از صاحب‌نظران نسبت به حجیّت این روایت، اشکال وارد کرده و در این زمینه تصریح نموده‌اند: «و فیه نظر؛ لجواز أن یکون نفی الشفعه لکثره الشركاء، لا للإصداق» [۳۰، ج ۲، ص ۳۱۱] ثانیاً، با قطع نظر از مدعای فوق، مطابق قاعده (عدم ملازمه بین اثبات شیء و نفی ما عداه) نفی شفعه در یک مورد مثلاً صدق، حصر شفعه به بیع را افاده نمی‌نماید بلکه اثبات چنین اختصاصی، نیاز به دلیل اقناعی دارد. از این رو طبق جهات فوق الذکر، به نظر می‌رسد روایت مذکور از محلّ بحث بیگانه بوده و ناظر به موارد دیگری باشد.

جهت سوم - روایت مرسله یونس نیز در محلّ خود قابل مناقشه است بدان جهت که: اولاً- در مرسله آمده است «الشفعه جائزه فی کلّ شیء... إذا کان الشیء بین الشّریکین لا غیرهما فباع أحدهما نصیبه فشریکه أحقّ به من غیره...»؛ استدلال مشهور، مبتنی بر این است که عبارت «إذا کان الشیء بین الشّریکین لا غیرهما فباع أحدهما نصیبه»، شرط برای عبارت «الشفعه جائزه فی کلّ شیء» باشد تا استدلال شود که جواز شفعه، مختصّ بیع می‌باشد؛ و حال آن‌که این احتمال وجود دارد که شرط مذکور، شرط برای عبارت «فشریکه أحقّ به من غیره» باشد، زیرا اگر جمله‌ای با ما قبل خود ارتباط نداشته باشد، عطف کردن با «فاء» جایز نیست، و طبق اصول ادبی، فاء در روایت محلّ بحث، برای تفریع می‌باشد؛ لذا با این احتمال، استدلال مشهور متزلزل می‌شود.

ثانیاً - استفاده علیت منحصره در قضایای شرطیه، ممنوع است و بلکه مدخلیت یک چیزی، منافی با مدخلیت چیز دیگر نیست [۲۳، ج ۶، ص ۳۱۵] و در ضمن با تأمل و تعمق در فقره شرطیه روایت مذکور، نکته‌ای که قابل ملاحظه است، این است که بعد از تصریح به شراکت دو نفر، عبارت (لا غیرهما) آورده و جنبه تأکیدی داشته که شراکت حتماً باید بین دو نفر باشد؛ لذا این احتمال هم خالی از وجه نیست که منظور شارع از ذکر این فقره شرطیه، تفهیم تنها یک شرط الزامی (یعنی شراکت دو نفر نه بیشتر) در ثبوت حق شفعه بوده و ذکر عنوان «بیع» در این فقره به عنوان یکی از عناوین منتقله، جنبه تمثیلی داشته است؛ لذا با فرض استفاده علیت منحصره در قضیه شرطیه، ظاهر چنین علیتی، ناظر به شراکت دو نفر بوده نه این که اختصاص شفعه به بیع استفاده شود. ثالثاً - ناگفته پیداست که روایت مذکور، مرسله است و از قوت چندانی برخوردار نیست. مؤید مدعا این است که مشهور فقها به مدلول چنین روایتی مبنی بر جریان شفعه در اعم از منقول و غیرمنقول عمل نکرده و در تعلیل آن گفته‌اند: «لیس هنا روایه تدل علی آنها فی کل شیء الا روایه یونس و هی مرسله و لایصح بها اثبات حکم مخالف للأصول: در اینجا روایتی که دلالت بر ثبوت شفعه در هر چیز (یعنی اعم از منقول و غیرمنقول) کند وجود ندارد مگر روایت یونس که آن هم مرسله است و صحیح نیست که برای اثبات حکم مخالف اصل، به آن استناد شود» [بجنوردی، ج ۶، ص ۱۸۳]؛ حال، با عنایت به این که عمده دلیل مشهور بر اختصاص شفعه به بیع، همین روایات می‌باشد، اما همان‌گونه که اشاره شد هر کدام از این روایات به نوعی قابل مناقشه است - چون لسان روایات استنادی برای اثبات نظریه مشهور کاملاً نارسا است - لذا نمی‌توان با استناد به این روایات، قائل به اختصاص حق شفعه به بیع شد.

## ۲-۱-۱. دلیل دوم: اکتفا به قدر متیقن و نقد آن

دلیل دیگر این است که شفعه، برخلاف قاعده سلطنت است،<sup>۱</sup> لذا باید به قدر متیقن اکتفا شود؛ و قدر متیقن هم در اینجا همان انتقال سهم مشاع به شریک دیگر از طریق «بیع» می‌باشد و سایر نواقل مالکیت به لحاظ محتمل بودن کفایت نمی‌کند؛ با این

۱. مقتضای ادله عقلی و نقلی و کتاب و اجماع، عدم جواز تصرف در مال غیر مگر با اذن او می‌باشد و حق شفعه از مفاد ادله مذکور خارج گردیده است، لذا بر مدعی تعمیم شفعه به سایر عقود، لازم است که دلیل معتبری بر ادعای خویش بیاورد تا زمینه خروج از مفاد ادله مذکور ممکن گردد [ج ۶، ص ۲۰، ج ۲۰۹].



توضیح که از یک سو، در بحث شفعه، دلیل عامی که اقتضای تعدی این حکم به سایر نواقل مالکیت (غیر از بیع) را داشته باشد، وجود ندارد؛ و از سوی دیگر، با عنایت به این-که در برخی روایات وارده در مورد شفعه، تصریح به بیع شده است، پس بیع، قدر متیقن آن محسوب می‌شود که در محل بحث، که برخلاف قاعده است باید به آن اکتفا شود [۲۳، ج ۶، ص ۳۱۵؛ ۳۷، ج ۲، ص ۲۱۸].

**نقد و بررسی:** دلیل مشهور، که استناد به قدر متیقن در مواضع خلاف قاعده است نیز به نوبه خود قابل نقد است، همان‌گونه که برخی از صاحب نظران نیز استناد به قاعده خلاف اصل و سلطنت و شهرت و اجماع برای اثبات اختصاص شفعه به بیع را مشکل دانسته‌اند [۲۵، ج ۱۸، ص ۱۳۳] این بدان جهت است که استناد به قدر متیقن مبتنی بر این است که اثبات شود ذکر عنوان بیع در ادله شفعه، موضوعیت داشته و مانع از اطلاق گیری می‌شود، اما با این مبنا که ذکر عنوان بیع، از باب ذکر یکی از مصادیق نواقل بوده و جنبه تمثیلی داشته است و علت ذکر آن نیز جریان غالب آن در میان عرف می باشد، لذا هیچ منافاتی با اطلاق ادله شفعه از جمله روایت عقبه بن خالد از امام صادق (ع) که آمده است: «قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ص بِالشُّفْعَةِ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ فِي الْأَرْضَيْنِ وَالْمَسَاكِينِ وَقَالَ لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ...» [۱۲، ج ۲۵، ص ۴۰۰] که تصریح به جریان شفعه با استناد به قاعده لاضرر، بدون این‌که مشروط به عقد بیع یا ذکر آن از آن نموده باشد، وجود ندارد؛ بنابراین، با استناد به اطلاق ادله، می‌توان شفعه را در نواقل دیگر نیز جاری دانست.

### ۳-۱-۱. دلیل سوم: اجماع و نقد آن

دلیل دیگری که مشهور فقها برای اثبات مدعا به آن استناد کرده‌اند، اجماع است که برخی فقها صراحتاً به تحقق آن حکم نموده [۱۸، ج ۶، ص ۳۲۸؛ ۳۱، ج ۳، ص ۱۱۱؛ ۴۳، ج ۳۷، ص ۲۶۶] و برخی دیگر نیز تحقق چنین اجماعی را اقرب دانسته‌اند [۶، ج ۲۰، ص ۲۲۹؛ ۱۰، ج ۱۲، ص ۲۵۹].

**نقد و بررسی:** این دلیل نیز در محل خود قابل نقد است، چرا که اولاً- با وجود مخالفت صریح برخی از فقها با دیدگاه مشهور [به نقل از: ۲۱، ج ۵، ص ۳۳۹] و تمایل برخی دیگر به دیدگاه غیرمشهور [۱۰، ج ۱۲، ص ۲۷۴]، تحقق اجماع امکان پذیر نیست، بنابراین چنین ادعایی، سالبه به انتفاء موضوع است. ثانیاً- بر فرض تحقق اجماع، با ملاحظه این که دلیل اصلی مشهور فقها مبنی بر اختصاص شفعه به بیع، روایاتی

می‌باشد که عنوان بیع در آنها ذکر شده است، از این رو اجماع مذکور، اجماع مدرکی محسوب می‌شود و چنین اجماعی نیز صلاحیت اثبات مدعا را به عنوان دلیل مستقل ندارد و بلکه لازم است به ادله ای که احتمالاً محل رجوع اصحاب اجماع بوده، مراجعه شود و بر اساس آن و ادله دیگر، حکم شرعی استنباط شود [۳۹، ج ۲، ص ۹۳-۹۴].

### ۱-۲. قول دوم: قول به تفصیل

دیدگاه دیگری که در این زمینه مطرح شده، دیدگاه تقریباً تفصیلی است؛ بدین صورت که اگر مال مورد انتقال، غیر از اراضی یا مساکن بوده باشد بدون تردید، حق شفعه در این موارد، مختص به بیع می‌باشد لذا اگر سهم مشاع به وسیله هبه معوضه یا صلح یا دیگر نواقل، منتقل شود حق شفعه وجود ندارد؛ اما اگر مال منتقله، از مساکن و اراضی بوده باشد در این صورت طبق نظر برخی، اختصاص شفعه به بیع محل اشکال است [۸، ج ۲، ص ۸۰؛ ۴۲، ج ۲، ص ۷۳] و طبق نظر برخی دیگر، اختصاص شفعه به بیع، أقرب می‌باشد. [۱۵، ص ۲۵۸]. لازم به ذکر است که عمده قائلین به این دیدگاه، از متأخرین بوده و دلیل خاصی برای اثبات مدعای خود نیاورده‌اند؛ با عنایت به ادله شفعه، دلیلی که مؤید این ادعا باشد به چشم نمی‌خورد؛ بدان جهت که عمده دلیل مشروعیت شفعه، روایاتی است که در آنها تفصیلی بین منقول و غیر منقول در لزوم چنین شرطی نیامده است؛ لذا به نظر می‌رسد که دیدگاه مذکور، چندان از مبانی درخور توجهی برخوردار نبوده و فاقد توجیه منطقی می‌باشد.

### ۱-۳. قول سوم: تعمیم حق شفعه به سایر عقود

در مقابل مشهور، نظر غیر مشهور فقها، این است که شفعه علاوه بر عقد بیع، در عقود دیگر نیز (از قبیل: صداق، صلح و هبه و ...) جاری است. جهت تبیین مدعا به کلام چند تن از صاحب نظران که شفعه را در عقود دیگر نیز جاری دانسته‌اند اشاره می‌شود:

ابن جنید از متقدمین، شفعه را در مطلق نقل و انتقال جاری دانسته و در این زمینه گفته است: «اگر مالک، ملکش را از طریق هبه معوضه و یا غیر معوضه انتقال دهد، برای شریک حق شفعه وجود دارد، اما اگر آن را حبس نموده یا اسکان دهد (یعنی نقل و انتقالی صورت نگیرد) برای شفیع، حق شفعه ثابت نیست» [به نقل از: ۲۱، ج ۵، ص ۳۳۹]؛ شهید ثانی در نظر نهایی خود بر این باور است که شفعه علاوه بر عقد بیع در

عقود دیگر نیز قابل جریان می‌باشد [۱۰، ج ۱۲، ص ۲۷۴]. محقق سبزواری نیز بعد از بحث مطوّل در مورد جریان یا عدم جریان شفعه در عقد بیع، در کلام نهایی می‌نویسند: «الأحوط التراضی فی غیر البیع من سائر النواقل، خصوصاً فی الاراضی و المساکن» [۲۵، ج ۱۸، ص ۱۳۴] یعنی قول به احتیاط، رضایت دادن به این است که شفعه در سائر نواقل غیر از بیع نیز قابل جریان می‌باشد مخصوصاً در صورتی که مال مورد انتقال، از قبیل اراضی یا مساکن باشد.

برخی از صاحب‌نظران نیز، در مورد این که آیا شفعه، در عقودی که متضمن فایده بیع است (از قبیل: صلح معوضه و هبه معوضه و...) قابل جریان است یا نه؟ تصریح به تعمیم شفعه به این موارد نموده‌اند [۱۶، ص ۳۲۰] و برخی دیگر نیز، تعمیم شفعه به این موارد را قول اقرب دانسته‌اند [۳۳، ص ۳۲۷؛ ۱۷، ج ۲، ص ۹۸] که این نوعی مخالفت با اختصاص شفعه به بیع می‌باشد.

از فقهای اهل سنت نیز، فقهای حنفی [۲۷، ج ۱۴، ص ۱۴۵] و حنبلی [۳۸، ص ۴۵، به نقل از مغنی، ج ۵، ص ۲۶۱] حق شفعه را در معاملات مالی معاوضی از قبیل صلح و هبه معوض، که در حکم بیع می‌باشند، قابل جریان دانسته، ولی در صداق و یا صلح دیه آن را منتفی دانسته‌اند. اما فقهای مالکی، حق شفعه را تنها در نواقل بلا عوض، مانند وصیت، صدقه و میراث نفی نموده و در سایر معاملات اعم از مالی و غیر مالی ثابت می‌دانند [۲۴، ج ۵، ص ۲۱۳]. در المجله نیز از فقه حنفی پیروی شده، هرچند در ماده ۱۰۲۱ آن آمده است: «الشفعه لاتثبت الا بعقد البیع»، ولی بلافاصله در ماده ۱۰۲۲ آن آمده است: «الهبه بشرط العوض فی حکم البیع»؛ یعنی شفعه را از بیع اصطلاحی، به هبه معوضه نیز تعمیم داده است.

## ۲. بررسی و تقویت ادله دیدگاه غیر مشهور

دلایل دیدگاه غیر مشهور، یعنی عدم اختصاص شفعه به عقد بیع و بلکه جریان آن در سایر عقود، در قالب موارد زیر تبیین می‌شود:

### ۲-۱. همسویی با مناط جعل شفعه در روایات

مهم‌ترین دلیلی که برای تقویت دیدگاه غیر مشهور می‌توان بدان استناد نمود روایتی است که از محمد بن یعقوب با چند واسطه از عقبه بن خالد از امام صادق (ع) بدین طریق نقل شده است: «قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ص بِالشَّفْعَةِ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ فِي الْأَرْضَيْنِ وَالْمَسَاكِينِ

و قَالَ لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ وَ قَالَ إِذَا أُرِّقَتِ الْأَرْفُ وَ حَدَّتِ الْحُدُودُ فَلَا شُفْعَةَ» [۱۲، ج ۲۵، ص ۴۰۰]؛ با عنایت به روایت مذکور و تعمق در خود حق شفعه، به وضوح دانسته می‌شود مناطی که موجب جعل حق شفعه در بیع از ناحیه شارع مقدس شده است دفع ضرر از شریک می‌باشد که مشمول عنوان لا ضرر و لا ضرار قرار می‌گیرد، چراکه در شراکت، احتمال تضرر وجود دارد چنان که برخی از فقها نیز تصریح کرده‌اند: «وَأَمَّا الشُّفْعَةُ فَالْغَرَضُ مِنْهَا دَفْعُ الضَّرَرِ عَنِ الشَّرِيكِ بِالشَّرِكَةِ» [۱۱، ج ۳، ص ۱۰۹]، همچنان که در قرآن کریم نیز در قسمتی از آیه ۲۴ سوره ص به این معنا اشاره شده است: «وَإِنَّ كَثِيرًا مِنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَ قَلِيلٌ مَّا هُمْ؛ قطعاً بسیاری از معاشران و شریکان به یکدیگر ستم می‌کنند، بجز کسانی که ایمان آورده و کارهای شایسته انجام داده‌اند و اینان اندک‌اند»؛ بنابراین، شارع مقدس برای رهایی از این ضرر احتمالی، حق شفعه را ارفاقاً جعل نموده است، و طبیعی است که اضرار به شریک، از طریق بیع موضوعیت نداشته و نواقل دیگر نیز با مناط تشریح شفعه در تضاد می‌باشد؛ چرا که در نواقل دیگر از قبیل صلح و هبه معوض...، مفهوم بده بستان قابل تحقق است؛ شاید شخصیت متصالح یا متتهب در انگیزه شریک و تحریک ایشان به انعقاد چنین عقدی دخیل بوده باشد اما هدف عمده شریک، جلب منفعت می‌باشد لذا شارع راه‌کاری ارائه داده که هم هدف عمده شریک تأمین شود و هم به شریک متقابل ضرری که مرضی شارع نیست، متوجه نشود، و از سوی دیگر، مفاد چنین حکمی مطابق امیال عرف و عقلاء نیز می‌باشد، بدان جهت که؛ جلب منفعتی که منهای اضرار به غیر قابل تحقق است از طریق اضرار به غیر قابل پسند نیست. در حقوق موضوعه نیز این معنا مورد توجه قرار گرفته است، چنان که یکی از حقوق‌دانان می‌نویسد: «این شرط از نظر حقوقی توجیه‌ناپذیر است و به نظر می‌رسد که تنها پیروی از شهرت در فقه، نویسندگان قانون مدنی را وادار به احتیاط کرده است. بی‌گمان، محدود ساختن قلمرو شفعه، قانون را به قواعد عمومی نزدیک می‌سازد ولی این عیب مهم را دارد که باب حيله را می‌گشاید: شریکی که قصد فروش سهم خود را دارد نام صلح بر آن می‌نهد و آسوده خاطر از مزاحمت شریک، آن را انتقال می‌دهد» [۳۶، ص ۲۵].

## ۲-۲. شأن قضاوتی شارع مقدس

نصوص معتبری که متضمن قضاوت‌های حضرات معصومین است، گاه حاوی قواعد یا

مصالح و مفساد معیاری است که می‌تواند سند فقیه در مقام استنباط حکم قرار گیرد. از جمله این نصوص، روایت فوق است که امام صادق (علیه‌السلام) پس از نقل قضاوتی از رسول گرامی اسلام (ص) بیان فرموده‌اند. به عبارت دیگر، در روایت مورد بحث، عبارت به صورت «قضی رسول الله» آمده است؛ بنابراین، از روایت فوق می‌توان قانون و ضابطه‌ای به عنوان نصّ مبین شریعت در همه جا بهره برد [۳۲، ص ۴۹۸ و ۴۹۹] به بیان روشن، حال چون از یکسو، شارع مقدس در مقام قضاوت بوده و از واژه «قضی» برخلاف غالب روایات بهره جسته است لذا در مقام بیان یک ضابطه و قاعده کلی است؛ و از سویی دیگر، چون مشروعیت چنین قاعده‌ای، مخالف اصل را به طور مطلق مستند به قاعده لاضرر دانسته، بنابراین از مجموع مفاد روایت مذکور فهمیده می‌شود که در نواقل دیگر نیز با استناد به قاعده لاضرر، حق شفعه قابل جریان است.

### ۲-۳. توقیفی و امضایی بودن شفعه

شفعه از مقوله معاملات است و بالتبع، از امور تعبّدی و توقیفی نیست که قابل تنقیح مناط نباشد، بلکه از امور عرفی و عقلایی است و از سوی دیگر، با مراجعه به مجموع ادله شفعه و مخصوصاً روایات وارده با فهم و تحلیل عرفی به وضوح دانسته می‌شود آن چه که موجد چنین حقّی (حق شفعه) شده، نقل و انتقال حصّه مشاع است که منشأ ضرر و زیان به شریک می‌شود؛ فارغ از این که تحت چه عنوانی منتقل شود؛ لذا آن چه که مستوجب اراده شارع مبنی بر جعل چنین حقّی شده، نقل و انتقالی است که منشأ و سبب ضرر است و عناوین ناقله به مثابه ابزار و مبین تحقق و حصول چنین سببی هستند؛ پس با تنقیح مناط و الغای خصوصیت از بیع، می‌توان حقّ شفعه را در بقیه عقود معاوضی نیز قابل جریان دانست. از همین رو، برخی از صاحب‌نظران در این رابطه فرموده‌اند: «إنّ المعاملات لیست مبنیّه علی التبعّد و الاختراع آنما هی أمور مجعوله عند العقلاء علی نحو یتّم به النظام، و الشارع قرّهم علی ذلک ...» [۱۹، ج ۲، ص ۲۷۵؛ ۴۰، ج ۳، ص ۱۵۸]، بنابراین می‌توان با کشف ملاکات آن، به تفریع احکام مربوط به آن پرداخت [۴۱، ص ۱۴۵]؛ دوم این که با بهره‌گیری از روایتی که به حکمت شفعه تصریح کرده است، می‌توان این را نیز ادعا کرد که حکم شفعه از ناحیه شارع مقدس، یک حکم امضایی است نه تأسیسی، بدان جهت که عقلای عالم، فارغ از حکم شارع و بدون توجه به مصادیق، به صورت کلی، حاکم به دفع ضرر هستند با عنایت به این که احکام عقلی،

کلی بوده و تخصیص‌بردار نیست و هر کجا عنوان ضرر صادق باشد، احکام عقلی صادر خواهد شد، پس همین‌که عقلاً به طور کلی مخالف با ضرر رساندن به هم‌نوعان هستند، می‌توان مطابق قاعده «کلّ ما حکم به العقل حکم به الشرع» استنباط کرد که حکم شارع در مورد جعل شفعه نیز مطابق با حکم عقل، به منظور دفع ضرر است و لذا بدون توجه به مصادیق، هر کجا چنین ملاکی صدق نماید، احکام عقلی و شرعی صادر خواهند شد.

آنچه که از جمع‌بندی نکات پیش گفته به دست می‌آید این است که از سویی در روایت فوق، حکمت جعل شفعه، دفع ضرر از شریک گفته شده است و از سوی دیگر، حقّ شفعه نیز از مقوله معاملات بوده که از امور عرفی و عقلایی است که تنقیح مناط در آن امکان‌پذیر است و از جهت دیگر، با توجه به این‌که حکمت جعل شفعه، در عقود دیگر نیز موجود می‌باشد و خصوصیت عقود در آن حکمت، با ملاحظه ظاهر روایت، مورد اعتبار شارع واقع نگریده، لذا منطقی است که با الغاء خصوصیت، چنین حقّی به عقود دیگر نیز تعمیم داده شود و یا از تمام عقود منتفی گردد؛ بدان جهت که با وجود حکمت منصوصه در تمام عقود، اثبات شفعه در بعضی عقود بدون بعضی دیگر، موجب ترجیح بدون مرجّح می‌شود [۲۱، ج ۵، ص ۳۴۰] و از این‌روست که برخی از فقها، اختصاص شفعه به بیع - با وجود حکمت مذکور در عقود دیگر - را یک قول بسیار بعید دانسته [۱۴، ج ۱۸، ص ۳۳۵] و به تعمیم آن به عقود دیگر تأکید کرده‌اند [۲۵، ج ۱۸، ص ۱۳۴].

#### ۲-۴. شمول شفعه در اصول نظام عقلایی

با بهره‌گیری از روایت فوق، می‌توان گفت که عقلای عالم با قطع نظر از دیدگاه شارع، بدون توجه به مصادیق، به صورت کلی حاکم به دفع ضرر هستند با عنایت به این‌که احکام عقلی، کلی بوده و تخصیص‌بردار نیست، لذا هر کجا عنوان «ضرر» صادق باشد، احکام عقلی صادر خواهد شد.<sup>۱</sup> شاید این اشکال مطرح شود که شارع، ملزم به رفع هر ضرری با جعل حکم مقتضی نیست؛ در پاسخ می‌توان گفت با عنایت به حکمت تامّی که با مراجعه به مبانی عقلی و نقلی از ناحیه شارع مقدس سراغ داریم؛ مقتضی آن است که

۱. درست است که در اسلام در برخی موارد احکامی که ظاهراً ضرری باشند، وجود دارد اما با این موارد، حکم عقلی نقض نمی‌شود چرا که با توجه مصالحی که بر این احکام مترتب می‌گردد به مراتب پیش از ضرر ظاهری است لذا با اعمال قاعده اهمّ و مهمّ، این ضرر ظاهری نادیده گرفته می‌شود مانند حکم جهاد که با وجود استلزام تلفات مالی و جانی، در قبال کیان اسلام، استقلال، عزّت و آبروی مسلمان حفظ می‌گردد.

شارع مقدس با جعل ضوابط و قواعدی جلوی ضرر و زیان بی‌رویه را بگیرد مگر ضرری که مصالح اهمی بر آن مترتب شده است و بدون تحمل ضرر مفروض، منافع اهم قابل دستیابی نباشد، که در اسلام مواردی متعددی از این قبیل وجود دارد. اما ضرر و زیانی که جلب منافی مترتب بر آن شده ولی از طرق دیگر که اضرار به غیر نشود چنین منافی قابل دستیابی باشد حکمت شارع مقدس مقتضی آن است که با ارائه راهکار مناسبی جلوی چنین ضرری را بگیرد تا عدل و قسط در جامعه حاکم شود؛ مسأله اضرار به غیر در بحث شفعه از همین قبیل است که منافع مفروض، از طرق دیگری که اضرار به غیر نباشد قابل دستیابی است؛ لذا شارع، حکم مقتضی را صادر نموده است؛ پس با این پیش فرض، مطابق قاعده «کلّ ما حکم به العقل حکم به الشرع» می‌توان این را نیز احتمال داد که حکم شفعه از ناحیه شارع مقدس، یک حکم امضایی بوده است، نه حکم تأسیسی، چرا که در شأن عقلاء نیست که به مصادیق ضرر ورود پیدا کنند تا این اشکال پیش آید که چیزی تحت عنوان حقّ شفعه از جانب عقلا مطرح نگردیده، بلکه وظیفه عقل، کلی‌گویی است؛ پس همین که عقلا به‌طور کلی با ضرر رساندن به هموعان مخالف هستند می‌توان این استنباط را کرد که حکم شارع در مورد جعل شفعه، مطابق با حکم عقل و به منظور دفع ضرر می‌باشد و لذا در هر موردی که چنین ملاکی موجود باشد به تبع آن، حکم عقلی و شرعی نیز صادر خواهد شد [۲۶، ج ۱، ص ۵۴۳].

#### ۲-۵. عدم دلیل صریح مبنی بر تخصیص شفعه به بیع

با وجود این که اکثر روایات باب شفعه، متضمن عنوان «بیع» است اما این موضوع، با تعمیم شفعه به عقود دیگر منافاتی ندارد [۱۰، ج ۱۲، ص ۲۷۴] بدان جهت که قبلاً به تفصیل بیان گردید که احتمال قوی وجود دارد که ذکر عنوان بیع در روایات وارده در باب، به عنوان یکی از مصادیق اسباب انتقال و از باب مثال بوده، و علت ذکر آن نیز بدین جهت بوده است که اغلب اسباب نقل و انتقال نزد عرف، با بیع صورت می‌گیرد؛ بنابراین، اثبات شیء در این موارد، نفی ما عدا نمی‌کند.

#### ۲-۶. وجود معانی عامّ و مجازی برای بیع

با قطع نظر از این ادعا که عنوان بیع در ادله شفعه، به عنوان یکی از مصادیق انتقال و از باب مثال ذکر شده باشد با عنایت به آیات کریمه قرآن، به دست می‌آید که لفظ بیع علاوه بر معنای حقیقی که به مفهوم «تملیک عین در مقابل عوض» می‌باشد [۳۴، ج ۲،

ص ۲۶۵] در معنای مجازی نیز که به معنای مطلق داد و ستد باشد، به کار رفته است [۴۱، ص ۱۴۳] و از سوی دیگر، مطابق دیدگاه بسیاری از فقهای معاصر، می‌توان به معامله ای که متضمّن انتقال حقوق است عنوان «بیع» داد [۱۳، ص ۲۰۴]؛ شاید اشکال شود که ضابطه اصولی، این است که در مواقع شکّ در مراد متکلم، اصول لفظیه ساری و جاری است لذا محلّ بحث، مجرای اصله الحقیقه است که اختصاص شفعه به بیع را اثبات می‌کند؛ در پاسخ می‌توان گفت درست است که در مواقع شکّ در مراد متکلم، اصله الحقیقه قابل جریان است اما این در صورتی است که قرائنی برخلاف مفادّ اصول لفظیه در کار نباشد؛ حال آن که محلّ بحث، چنین نیست؛ بدان جهت که در جعل حقّ شفعه مخالف اصل تعلیل به قاعده لا ضرر شده و مناط مزبور در نواقیل دیگر نیز قابل تحقّق است و ویژگی خاصی در عقد بیع برای تحقّق چنین مناطی ملحوظ نیست، مضافاً این که توسعه معنای بیع به گونه‌ای که انتقال حقوق را هم دربر بگیرد، از شکّ ناشی نمی‌شود، چراکه بیع به عنوان «أمّ العقود» مطرح بوده؛ تا آن جا که فقها و به تبع آن مقنّن، قواعد عمومی معاملات را غالباً در باب بیع ذکر کرده و از ذکر تفصیلی و دوباره آن در عقود و معاملات دیگر، اجتناب کرده‌اند و این گواه روشنی بر عمومیت بیع است، لذا تعمیم مناط و الغاء خصوصیت از بیع، از جمله قرائنی است که مانع جریان اصول لفظیه شده و عدم اختصاص شفعه به بیع را موجه می‌نماید. جهت تقویت مدّعا (مبنی بر معنای مجازی بیع)، به آیه «أحلّ الله البیع و حرّم الربوا...» [بقره/۲۷۵] می‌توان تمسک جست که از این آیه شریفه استفاده می‌شود که بیع، علاوه بر معنای خاصّ حقیقی، یک استعمال مجازی نیز دارد که مراد از آن، مطلق عقود می‌باشد؛ چراکه خداوند متعال در این آیه شریفه، عنوان «بیع» را در مقابل عنوان «ربا» ذکر نموده است، و پرواضح است که مراد از بیع در چنین مواردی، مطلق عقود حلال می‌باشد [۴۱، ص ۱۴۴].

آیات دیگری نیز از این قبیل وجود دارد که بیانگر آن است که لفظ بیع، علاوه بر معنای حقیقی خاصّ، معنای مجازی عامّ نیز دارد که منظور از آن «مطلق داد و ستد» یا عقود می‌باشد و ناگفته نماند ادّعای این که خصوصیت ذکر بیع در این موارد، به دلیل غالبیت جریان آن در میان عرف بوده است، منافاتی با اراده معنای مجازی عامّ بیع ندارد به دلیل این که نفس أغلبیّت و أظهریّت، علاقه و مجوز استعمال بیع در معنای مجازی می‌شود.

دلیل دیگری که استعمال لفظ بیع در معنای مجازی را اثبات می‌کند، روایتی است که بدین طریق از پیامبر اسلام(ص) نقل گردیده است: «نهی النبّیّ (ص) أن یبیع بعضکم



علی بیع بعض و لایخطب الرجل علی خطبه أخیه حتی یترک الخاطب قبله ...» [۳، ج ۲، ص ۲۱؛ ۷، ج ۶، ص ۱۳۶؛ ۲۸، ص ۱۷۳؛ ۲۹، ج ۴، ص ۵] این روایت نیز شاهد دیگری است که بر استعمال لفظ بیع در معنای مجازی عام (یعنی تمام عقود) دلالت می‌کند؛ چراکه آن‌چه مورد نهی پیامبر قرار گرفته است وارد شدن در معامله برادر دینی است؛ بدان جهت که پیامبر اسلام (ص) در مقام بیان موارد منهیات بوده و مؤید آن، این است که به مصادیق آن‌ها نیز ورود پیدا نموده و به ذکر تک تک موارد پرداخته است، اما در باب معامله، فقط به ذکر بیع اکتفا نموده است. از این مطلب استفاده می‌شود که بیع را در معنای مجازی خود، یعنی تمام معاوضات به کار برده است، چراکه در حرمت ورود به معامله دیگری، بیع خصوصیتی ندارد بلکه روایت، با قطع نظر از خصوصیات خارجی، در مقام بیان یک ملاک کلی است که هر کجا چنین ملاکی صادق باشد حکم حرمت مترتب می‌شود.

حال با عنایت به این که لفظ بیع، علاوه بر معنای حقیقی خاص، دارای معنای مجازی عام نیز می‌باشد که به معنای مطلق داد و ستد یا عقود است؛ پس ذکر عنوان بیع در اکثر ادله شفعه، منافاتی با تعمیم آن به سایر عقود ندارد؛ چرا که این احتمال وجود دارد که مراد از بیع، معنای عام مجازی آن باشد و مؤید این ادعا، ذکر حکمت جعل شفعه، یعنی قاعده لاضرر و لاضرار در برخی روایات است، بدان جهت که چون در صورت انتقال مال مشاع به وسیله اسباب نقل و انتقال غیر از بیع، چنین حکمتی یعنی ضرر رساندن به شریک وجود دارد، پس این احتمال تقویت می‌شود که مراد از بیع، مطلق نقل و انتقال بوده است؛ خواه تحت عنوان بیع باشد یا تحت عنوان عقود دیگر، که این نیز مفید نظریه تعمیم خواهد بود. وانگهی، گرچه فرضاً این ادعا، موجب اثبات دیدگاه تعمیم نشود اما حداقل مطابق قاعده «اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال»، موجب تزلزل عمده ترین مبانی دیدگاه مشهور، یعنی روایات استنادی می‌شود.

### ۳- تبیین نظریه مختار

از بررسی دیدگاه غیر مشهور امامیه به غیر از ابن جنید فهمیده می‌شود که مراد از تعمیم شفعه به دیگر عقود، عقود معاوضی است، نه این که عقود تبرعی و مجانی منظور باشد. دلیل این مدعا آن است که اکثر فقهای دیدگاه غیر مشهور، در مقام نقد سخن ابن جنید برآمده و سعی نموده‌اند که ظاهر کلام ایشان را - که مشتمل بر عقود معاوضی و غیرمعاوضی است - حمل بر عقود معاوضی نمایند؛ از این‌رو، مرحوم فیض کاشانی در

مقام تقویت دیدگاه ابن جنید مبنی بر تعمیم شفعه به عقود دیگر می‌نویسد: «و هو قویّ إن خصّها بالمعاوضات المحضه، لأنّ أخذ الموهوب مثلاً بغير عوض بعید و خارج عن الأصل و كذلك غیر الهبه: نظر ابن جنید قویّ است به شرط این که حقّ شفعه را مختصّ عقود معاوضی بداند، چرا که جریان حقّ شفعه در هبه غیرمعوّض و همچنین در عقود مجّانی دیگر، بسیار بعید و خارج از مقتضای اصل می‌باشد» [۳۵، ج ۳، ص ۷۶-۷۷]؛ شهید ثانی نیز بعد از تمایل به قول ابن جنید می‌نویسد: «لو خصّها بعقود المعاوضات - كما يقول العامّه - كان أقعد، لأنّ أخذ الشفیع للموهوب بغير عوض بعید، و به خارج عن مقتضی الأصل» [۱۰، ج ۱۲، ص ۲۷۴] یعنی اگر ابن جنید، حقّ شفعه را همانند عامّه تنها به عقود معاوضی تعمیم می‌داد، مناسب تر می‌بود؛ بدان جهت که أخذ کردن شفیع موهوب غیر معوض را از طریق حقّ شفعه، بعید بوده و خارج از مقتضای اصل می‌باشد.

از نظر نگارندگان نیز تعمیم شفعه تنها به عقود معاوضی که ناقل ملکیت هستند منطقی و مطابق با مفادّ شفعه و حکمت جعل آن می‌باشد، بدان جهت که اولاً- تعمیم حقّ شفعه به عقود اعمّ از معاوضی و مجّانی، با حکمت جعل شفعه منافات دارد؛ مثلاً چگونه ممکن است که شارع، حقّ هبه بدون عوض را از مالک سلب نماید و اجازه ندهد که شریک، مال خودش را با هرگونه غرض عقلایی، به دیگری ببخشد و اگر چنین نماید شریک دیگر حقّ داشته باشد بدون پرداخت چیزی، مال را استرداد نماید؟ این موضوع، با اصل حقّ شفعه که برای جلوگیری از ضرر وضع گردیده منافات دارد، زیرا خود، موجب ضرر آشکار به دیگری است [۱۰؛ ۳۵، ج ۳، ص ۷۷؛ ۳۸، ص ۴۵]؛ ثانیاً- در باب شفعه آمده است که شخص شفیع، با پرداخت قیمتی که مشتری به شریک داده است، حصّه مبیعه را تملک کند (ماده ۸۰۸ ق.م.) بنابراین، جریان حقّ شفعه، به پرداختن شفیع، مثل قیمتی را که مشتری به مالک پرداخته است، مقید شده است که این مطلب، کاملاً ناظر به عقود معاوضی است؛ در نتیجه، عقود مجّانی و تبرّعی، تخصصاً از موضوع شفعه خارج می‌باشند.

### نتیجه

از مجموع مباحث پیش‌گفته، می‌توان نتیجه گرفت که شرطیت انتقال سهم مشاع شریک به شخص ثالث، آن هم اختصاصاً از طریق «بیع» برای تحقق حقّ شفعه نسبت به شریک دوم، نظر مشهور فقهای امامیه و به تبع آن قانون‌گذار عرفی می‌باشد که با

واکاوی در ادله می‌توان در این دیدگاه خدشه وارد کنیم و از اختصاص حق شفعه به انتقال سهم مشاع از طریق بیع دست برداشته و در نتیجه، این حق را به سایر اسباب انتقال مالکیت نیز به شرط معاوضی بودن تعمیم دهیم.

حمل لفظ بیع در روایات استنادی مشهور بر معنای مجازی عام، که همان «مطلق داد و ستد» منظور می‌باشد، غالبیت جریان بیع میان عرف مردم در زمان صدور روایت باب، تنقیح مناط و الغای خصوصیت از بیع و تعمیم آن به همه عقود که مناط حکم در آنها وجود دارد، ملاحظه حکمت جعل شفعه، استناد به حکم عقلی و ملازمه بین احکام عقلی و شرعی، و همچنین احتمال مدرکی بودن اجماع ادعایی، مهم‌ترین مبانی ترجیح دیدگاه غیر مشهور مبنی بر تعمیم حق شفعه به تمامی عقود معاوضی ناقل ملکیت محسوب می‌شود.

## منابع

- [۱]. قرآن کریم، ترجمه حسین انصاریان
- [۲]. ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ ق). *لسان العرب*، جلد ۸، چاپ سوم، بیروت، دارالفکر، دارصادر.
- [۳]. احمد بن حنبل (؟). *المسند*، جلد ۲، بیروت، دار صادر.
- [۴]. بجنوردی، سید حسن (۱۴۱۹ ق). *القواعد الفقهیه*، جلد ۶، قم، انتشارات هادی.
- [۵]. بحرانی، حسین بن محمد (؟). *الانوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع*، جلد ۱۱، قم، مجمع البحوث العلمیه.
- [۶]. بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵ ق). *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، جلد ۲۰، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- [۷]. بخاری، محمد بن اسماعیل (۱۴۰۱ ق). *صحیح بخاری*، جلد ۶، بیروت، دار الفکر.
- [۸]. تبریزی، جواد بن علی (۱۴۲۶ ق). *منهاج الصالحین*، جلد ۲، قم، مجمع الإمام المهدی.
- [۹]. ترحینی عاملی، سید محمدحسین (۱۴۲۷ ق). *الزبد الفقهیه فی شرح الروضه البهیة*، جلد ۵، چاپ چهارم، قم، دارالفقه.
- [۱۰]. جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ ق). *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، جلد ۱۲، قم، موسسه المعارف الاسلامیه.
- [۱۱]. \_\_\_\_\_ (۱۴۲۴ ق). *الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه*، جلد ۳، چاپ هشتم، قم، مجمع الفکر الاسلامی.
- [۱۲]. حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ ق). *تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، جلد ۲۵، قم، موسسه آل البيت علیهم السلام.
- [۱۳]. حسین‌زاده، جواد (۱۳۹۱). *قرارداد اختیار معامله*، چاپ اول، تهران، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

- [۱۴]. حسینی روحانی، سیدصادق (۱۴۱۲ ق). *فقه الصادق علیه السلام*، جلد ۱۸، قم، دارالمکتب، مدرسه امام صادق علیه السلام.
- [۱۵]. حسینی روحانی، سید محمد (۱۴۱۷ ق). *المسائل المنتخبه*، کویت، شرکه مکتبه الألفین.
- [۱۶]. حسینی سیستانی، سیدعلی (۱۴۲۲ ق). *المسائل المنتخبه*، چاپ نهم، قم، دفتر آیت الله سیستانی.
- [۱۷]. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۷ ق). *منهاج الصالحین*، جلد ۲، چاپ پنجم، قم، دفتر آیت الله سیستانی.
- [۱۸]. حسینی عاملی، سید جواد (۴). *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، جلد ۶، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- [۱۹]. حسینی مراغی، میر سید عبدالفتاح (۱۴۱۷ ق). *العناوین الفقهیة*، جلد ۲، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- [۲۰]. حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۳ ق). *قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام*، جلد ۲، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- [۲۱]. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۳ ق). *مختلف الشیعه فی احکام الشریعه*، جلد ۵، چاپ دوم، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- [۲۲]. حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ ق). *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، جلد ۳، چاپ دوم، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
- [۲۳]. خوانساری، سید احمد (۱۴۰۵ ق). *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، جلد ۶، چاپ دوم، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
- [۲۴]. رملی، شمس الدین (۴). *نهایه المحتاج إلى شرح المنهاج*، جلد ۵، بیجا، دار احیاء التراث العربی.
- [۲۵]. سبزواری، سید عبدالأعلی (۱۴۱۳ ق). *مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام*، جلد ۱۸، چاپ چهارم، قم، مؤسسه المنار.
- [۲۶]. سبزواری، محمدباقر (۱۴۲۳ ق). *کفایه الاحکام*، جلد ۱، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- [۲۷]. سرخسی، محمد بن احمد (۱۴۰۶ ق). *المبسوط*، جلد ۱۴، بیروت، دار المعرفه.
- [۲۸]. شافعی، محمد بن ادريس (۴). *المسند*، بیروت، دار الکتب العلمیه.
- [۲۹]. صدوق (ابن بابویه)، محمد بن علی بن حسین (۱۴۰۴). *من لایحضره الفقیه*، جلد ۱۴، چاپ دوم، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- [۳۰]. طباطبائی (صاحب ریاض)، سید علی (۱۴۰۴ ق). *ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل*، جلد ۲، قم، مؤسسه آل البيت.
- [۳۱]. طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۳۸۷ ق). *المبسوط فی فقه الامامیه*، جلد ۳، چاپ سوم، تهران، المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه.
- [۳۲]. علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۹۰). *فقه و مصلحت*، چاپ دوم، تهران، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- [۳۳]. فاضل موحدی لنکرانی، محمد (۱۴۲۲ ق). *الاحکام الواضحه*، چاپ چهارم، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
- [۳۴]. فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۱۰ ق). *کتاب العین*، جلد ۱ و ۲، چاپ دوم، قم، نشر هجرت.
- [۳۵]. فیض کاشانی، محمد محسن (۴). *مفاتیح الشرائع*، جلد ۳، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله العظمی مرعشی نجفی.

- [۳۶]. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴). *شفعه، وصیت، ارث، چاپ بیست و سوم*، تهران، بنیاد حقوقی میزان.
- [۳۷]. کزازی عراقی (آقا ضیاء)، ضیاء الدین علی بن آخوند ملا محمدکبیر (۱۴۱۴ ق). *شرح تبصره المتعلمین*، جلد ۲، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
- [۳۸]. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۴). *ایقاع، أخذ به شفعه*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
- [۳۹]. مظفر، محمدرضا (۱۴۰۸ ق). *أصول الفقه*، جلد ۲، چاپ پنجم، قم، مکتبه بصیرتی.
- [۴۰]. مغنیه، محمدجواد (۱۴۲۰ ق). *فقه الامام جعفر الصادق (ع)*، جلد ۳، قم، مؤسسه انصاریان.
- [۴۱]. موحدی محبّ، مهدی (۱۳۹۰). «بازخوانی و نقد ادله اختصاص خیار مجلس به بیع»، *فقه و مبانی حقوق اسلامی*، تهران، سال ۴۴، شماره ۲، پاییز و زمستان، صص ۱۳۹-۱۴۵.
- [۴۲]. خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۰ ق). *منهاج الصالحین*، جلد ۲، چاپ بیست و هشتم، قم، نشر مدینه العلم.
- [۴۳]. نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن (۱۴۰۴ ق). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، جلد ۳۷، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی.



